

DEZ ANOS DA LEI DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996). INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL E ANTEPROJETO DE MUDANÇA

José Paulo Baltazar Jr.

Juiz Federal, Mestre e Doutorando em Direito (UFRGS).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noção. 3. Âmbito de Aplicação. 3.1. Abrangência objetiva. 3.2. Interceptação, gravação e escuta. 3.3. Comunicações telemáticas. 3.4. Dados Cadastrais Telefônicos. 3.5. Sigilo Profissional do Advogado. 4. Requisitos. 4.1. Investigação Criminal e Instrução Processual Penal. 4.2. Causa Provável. 4.3. Necessidade. 4.4. Crimes Apenados com Reclusão. 4.5. Delimitação do Objeto da Investigação. 4.5.1. Descoberta Fortuita. 5. Iniciativa. 6. Competência. 7. Momento. 8. Prazo. 8.1. Prorrogação. 9. Degravação. 10. Cientificação do Ministério Público. 11. Autuação. 12. Incidente de Inutilização. 13. Conclusões. Referências.

1. Introdução

O telefone é um meio prático e rápido de comunicação, hoje extremamente popularizado, alcança quase a integralidade da população brasileira e mundial. As tecnologias facilitam a vida, sendo usada, também, para fins ilícitos. De outro lado, é um momento de exposição da vida privada e até mesmo da intimidade da vida do cidadão.

Esse conflito entre a proteção da vida privada e as necessidades da investigação criminal, bem como o fato de que na comunicação telefônica não há possibilidade de averiguação posterior do que foi dito, pois as palavras se esvaem no próprio momento em que são proferidas, levaram à inclusão na Constituição, precisamente no inciso XII do art. 5º da Constituição, de referência específica ao sigilo das comunicações telefônicas.

O dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a qual, conforme consignado expressamente na sua ementa: “Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal”. Passados dez anos de publicação da lei, a sua aplicação ensejou uma produção doutrinária e jurisprudencial considerável sobre o tema. Coincidentemente, elaborou-se no âmbito do Ministério da Justiça o

anteprojeto de reforma da referida lei, incorporando muitas das soluções construídas jurisprudencialmente¹.

O presente trabalho abrange um levantamento das decisões e da doutrina até hoje publicadas a respeito, entremeada com uma análise do anteprojeto. Pretende-se, em suma, analisar a experiência do passado com os olhos voltados para as mudanças que se revelam para o futuro.

2. Noção

Assim como qualquer outro direito, o sigilo das comunicações telefônicas “[...] não é um direito absoluto, devendo ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, sempre com observância do procedimento estabelecido em lei.” (TRF 4, HC 200004010024669, Ellen Gracie, 1ª T., un., 15.3.00.).

Para o STF, a interceptação somente veio a ser possível com a publicação da Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição de 1988, não sendo possível a interceptação com base na legislação anterior, ou seja, no art. 57 do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações. (STF, HC 69912/RS, SEGUNDO, Sepúlveda Pertence, Pl., m., 16.12.93)².

A matéria atinente à interceptação telefônica é regulada integralmente no diploma ora comentado. Bem por isso, como decidido pelo TRF da 2ª Região: “Questões referentes à interceptação telefônica encontram regência na Lei nº 9.296/96, não se aplicando, na hipótese, a Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.” (TRF 2, AC 200102010312808/RJ, Antônio Cruz Netto, 2ª. T., un., 7.5.03). O mesmo vale para o disposto no inciso IV do art. 34 da revogada Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que dispunha sobre entorpecentes, autorizando “[...] a interceptação e a gravação das comunicações telefônicas, por período determinado, observado o disposto na legislação pertinente e no Capítulo II da Lei nº 9.034, de 1995”.

Esse meio de obter provas é de extrema importância, por exemplo, em relação ao tráfico de entorpecentes, delito no qual os “[...] agentes orga-

¹ Disponível em: http://www.mj.gov.br/sal/consultas/escuta/consulta_anteprojeto.htm. Acesso: 4.abr.2006.

² No mesmo sentido: STF, HC 81154/SP, Maurício Corrêa, 2ª. T., un., 2.10.01; STJ, REsp. 225450/RJ, Félix Fischer, 5ª T., un., 15.2.00.

nizados utilizassem-se de diversos meios para confundir e camuflar os eventos ilícitos, é incontestável”. (TRF 4, AC 200372080113791/SC, Tadaaqui Hirose, 7ª. T., un., 6.7.05). O mesmo vale para crimes praticados por organizações criminosas (TRF 4, AC 200270020066660, José Luiz B. Germano da Silva, 7ª. T., m., 30.11.04; TJRS, HC 70007629009, 1ª. Câ. Criminal, Ranolfo Vieira, 3.12.03).

3. Âmbito de Aplicação

3.1 Abrangência objetiva

Do ponto de vista objetivo, a proteção abrange não apenas os telefones privados, mas também os telefones públicos. O STF chegou mesmo a afirmar, em decisão tomada por escassa maioria, de seis votos a cinco: “A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos.” (STF, HC 72588/PB, Maurício Corrêa, Pl., m., 4.8.00). Em nossa posição, temos que os requisitos para interceptação de telefone público instalado em estabelecimento penal podem, porém, ser tomados com menor rigidez do que naqueles que pertinentes a telefones privados.

3.2 Interceptação, gravação e escuta

Devem ser diferenciados os conceitos de *interceptação*, que é procedida por terceiro, sem o conhecimento dos falantes; de *escuta*, procedida por um terceiro com o conhecimento de um dos falantes e de *gravação*, feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro³.

Tais distinções, têm relevantes efeitos práticos, uma vez que somente o primeiro caso é objeto da Lei ora comentada. Aplicando tal distinção, decidiu o STF que: “[...] é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.” (STF, HC 75338-8/RJ, 2ª T., Nelson Jobim, DJ 25.09.1998).⁴

³ JESUS, [S.d.].

⁴ No mesmo sentido: STJ, RHC 9735/SP, 5ª T., Jorge Scartezzini, DJ 20.08.2001; STJ, HC 14336/RJ, 5ª. T., Edson Vidigal, 18.12.00.

Louvável, no anteprojeto, o texto do artigo 4º, que incorpora entendimento que vinha sendo adotado pela jurisprudência, ao afirmar que: “Não se sujeita a esta lei a gravação de conversa própria, sem conhecimento do interlocutor, por telefone ou por outros meios, mas sua divulgação só será permitida para o exercício regular de um direito.”

O anteprojeto prevê o âmbito de aplicação mais alargado, como se lê em seu artigo 2º, assim redigido:

Art. 2º. As gravações clandestinas de conversas entre presentes, bem como a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro, análise e utilização, sujeitam-se às mesmas regras previstas nesta lei, no que forem cabíveis.

O dispositivo tem a seu favor o fato de disciplinar matéria que até a presente data não mereceu atenção do legislador, com exceção de rápida referência, sem detalhamento da forma de proceder, na Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95, artigo 2º, IV). Parece-nos criticável, porém, submeter à prévia autorização judicial, por ato do legislador ordinário, matéria que não mereceu tal distinção por parte da Constituição, o que poderá gerar complicações desnecessárias para o trabalho policial. Melhor seria distinguir os casos de captação ambiental ou filmagem feita em ambientes externos, fora do âmbito da exclusividade do domicílio ou mesmo da proteção da vida privada, daqueles casos em que há ingresso em domicílio para instalação de aparelhagem destinada à captação ou mesmo a utilização de meios técnicos de filmagem, fotografia ou captação de som que tenham caráter *invasivo*, ainda que sem ingresso físico. Somente para os últimos casos, deveria exigir-se autorização judicial, ante a imposição da proteção do domicílio. Tomado ao pé da letra o novo dispositivo, dependeria de autorização judicial prévia a filmagem de casos de entrega de dinheiro a servidores corruptos, a compra e venda de drogas e até mesmo de multações, perdendo-se valioso auxílio na identificação de torcedores de futebol ou manifestantes violentos.

3.3 Comunicações telemáticas

Em nossa posição, a proteção abrange as comunicações telefônicas ou *telemáticas*, assim, entendidas aquelas feitas por outro meio tecnológico que não a telefonia em sentido estrito, por exemplo, aquela transmitida por fibra ótica ou por meios de informática, que vem, a cada dia, ganhando espaço sobre a telefonia tradicional.

Nesse ponto, é de ver que o STF:

Admitindo embora a relevância da tese defendida pela autora da ação direta, o Tribunal indeferiu, por falta de demonstração do periculum in mora, a medida cautelar requerida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, contra o par. único do art. 1º da Lei 9296/96, que regulamenta o art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”). Sustenta-se que a norma impugnada, ao permitir a “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”, estaria ofendendo o citado dispositivo constitucional, que, segundo a autora, só autoriza a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. (ADI n. 1.488-UF, rel. Min. Néri da Silveira, 07.11.96.)

O STJ, igualmente, decidiu que o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 autoriza, em sede de persecução criminal e mediante autorização judicial a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (HC 15026, 6ª. T., un., 4.11.02).

No mesmo sentido os precedentes que seguem:

V. A expressão ‘comunicações telefônicas’ foi utilizada na Constituição Federal e na Lei nº 9.296/96, em sentido lato, englobando, inclusive, as comunicações realizadas através de sistemas de informática e telemática, por via de telefone, pelo que plenamente viável a sua interceptação e quebra do respectivo sigilo, dado que devidamente autorizados pelo legislador, para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal. VI. As técnicas de comunicação se modernizaram, a permitir, assim, que inúmeros crimes extremamente graves possam ser cometidos pela via telefônica, mediante a utilização de recursos técnicos aptos a emitirem, transmitirem e receberem mensagens por meio de métodos ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro ou vi-

sual, pelo que se restasse admitida somente a interceptação de sons e conversas, a persecução penal sofreria sérios cerceamentos, resultando em prejuízos à necessária elucidação dos fatos delituosos. (TRF 3, AC 200061810075960/SP, Suzana Camargo, 5ª. T., un., 3.8.01; Caso TRT de São Paulo) CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INC. XII. PROVA. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. O direito da Receita Federal obter informações sobre dados de empresas constantes em provedores da Internet é atividade elementar da fiscalização e se fundamenta no art. 197 do Código Tributário Nacional, inexistindo, no caso, ofensa ao art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal que limita a reserva judicial às hipóteses de interceptação telefônica. 2. A alegação de ser ilícita a prova obtida através de informações de dados fornecidos por provedores da Internet não pode ser aceita na via estreita do habeas corpus se não estiver comprovado por documento que as indagações da Receita Federal foram respondidas e influenciaram na apuração dos fatos. (TRF 4ª, HC 200204010324273/PR, Vladimir Freitas, 7ª. T., un., 2.10.02)

3.4 Dados Cadastrais Telefônicos

Os dados cadastrais, como nome dos assinantes do serviço telefônico e as relações de chamadas feitas e recebidas não estão sujeitos ao regime da Lei nº 9.296/96, constituindo-se em registros públicos quanto a dados cuja autorização é divulgada pelo tomador do serviço, nos termos do artigo 213 da Lei nº 9.472/97. Quanto aos demais dados, devem-se atender ao princípio da proporcionalidade.

Em sentido contrário, o TRF da 1ª. Região, afirma que: “O sigilo dos dados cadastrais das empresas de telecomunicações, como o sigilo bancário, tem proteção constitucional, só podendo ser quebrado, para fins de investigação criminal, por ordem expedida pelo Poder Judiciário.” (TRF 1, HC 200201000289161/AM, Luciano Tolentino do Amaral, 3ª. T., un., 17.9.02).

Já tivemos, aliás, a oportunidade de nos pronunciar sobre a tentativa de fundamentar toda e qualquer proteção de dados no inciso XII do art. 5º da Constituição, o que fizemos nos seguintes termos.

Afasta-se aqui, a tentativa de fundamentar o sigilo de dados telefônicos no inciso XII do art. 5º da Constituição, que trata das comunicações de dados, e não dos dados, que não estão, por si, cobertos por sigilo, mas encontram-se protegidos enquanto objeto de correspondência ou de comunicação. Tanto é assim, que se admite a interceptação apenas no caso de comunicação telefônica, em virtude de sua instantaneidade.⁵ Como afirmou o Min. Moreira Alves, em voto proferido no julgamento do MS nº 21.729-4: “as palavras voam, enquanto que os escritos permanecem. Cuida-se da forma de comunicação que não deixa vestígios para sua realização.”⁶ Caso se entenda que os dados referidos no inciso XII do art. 5º da Constituição são quaisquer dados, entendidos estes como informações, independentemente de estarem sendo ou não comunicados, todo e qualquer registro de informações, em qualquer suporte, como papel, fitas gravadas, disquetes, computadores, estaria coberto por sigilo. Essa solução inviabilizaria, na prática, a prova de qualquer ilícito, administrativo ou penal, bem como as provas no processo civil, de modo que não pode ser esta a interpretação do dispositivo constitucional.⁷

Nesse ponto, merece transcrito o seguinte trecho de autoria do Min. Francisco Rezek, em voto proferido no MS nº 21.729-4/DF:

Do inciso XII, por seu turno, é de ciência corrente que ele se refere ao terreno das comunicações: a correspondência comum, as mensagens telegráficas, a comunicação de dados, e a comunicação telefônica. Sobre o disparate que resultaria de entendimento de que, fora do domínio das comunicações, os dados em geral – e a seu reboque o cadastro bancário – são invioláveis, não há o que dizer. O funcionamento mesmo do Estado e do setor privado enfrentaria um bloqueio. A imprensa, destacadamente, perderia sua razão existir.

No mesmo sentido a manifestação do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do MS nº 23.452/RJ, como segue:

Com relação especificamente à requisição de dados telefônicos – que aqui só se enfrentou de raspão – a minha convicção é a de que o problema há de ser encarado à luz do princípio da proteção constitucional e da intimidade, e não pro-

⁵ FERRAZ JUNIOR, [S.d.], p. 81. No mesmo sentido, asseverando que o “sigilo bancário não tem nada a ver com o inciso XII do art. 5º”: JOBIM, 2000, p. 95.

⁶ Rel. Min. Marco Aurélio, Pl., DJ 19.10.01.

⁷ No sentido do texto: SOUZA, 1994, p. 131. Em sentido contrário: MARTINS, 2001, p. 31.

priamente do inc. XII do art. 5º, que diz respeito ao sigilo das comunicações, em suas diversas modalidades: são desdobramentos que a tecnologia impôs ao multissecular princípio da inviolabilidade da correspondência. O que ali se protege, pois, é a comunicação telemática de dados: a não ser assim, então, todos os dados, todos os apontamentos, todos os fichários antigos e modernos existentes no mundo estariam protegidos por uma reserva que até se pode sustentar absoluta, porque a alusão do final do inc. XII do art. 5º, é restrita às comunicações telefônicas. A meu ver, o absurdo a que levaria conferir quanto a tudo o mais uma reserva absoluta mostra que, naquele inciso, só se cogitou das diversas técnicas de comunicação. E, por isso mesmo, teve-se de resguardar mesmo de intromissão judicial o próprio ato da comunicação, salvo se cuida da comunicação telefônica, única em que a interceptação é necessária, porque não deixa prova de seu conteúdo.

Conseqüência da fundamentação da proteção de *dados*, incluídos os dados telefônicos, no inciso XII do art. 5º da Constituição seria a impossibilidade de sua quebra para fins processuais extrapenais, uma vez que o dispositivo somente prevê sua relativização *para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*⁸. Mais que isso, albergado a proteção de *dados* no inciso XII do art. 5º da Constituição, somente poderiam ser fornecidos com autorização judicial, como está expressamente previsto no dispositivo.

Ainda assim, se entende fundado a proteção de dados telefônicos no direito fundamental à vida privada, objeto do inciso X do art. 5º. Sendo a proteção da vida privada um direito disponível, os dados fornecidos pelo usuário da linha telefônica – como número, nome completo e endereço – poderão ser divulgados livremente pela companhia – em lista impressa, na rede mundial de computadores ou por telefone – se houver autorização expressa ou tácita do contratante do serviço. A questão sobre a preservação

⁸ Tal efeito é afirmado no precedente que segue: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1- Impossibilidade de quebra de sigilo bancário, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, uma vez que a quebra de dados somente é permitida como medida excepcional, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. precedentes do STF.(...) (TRF 3ª R., AG nº 38476/SP, Rel. Des. Fed. Oliveira Lima, 1ª T., un., DJ 19.10.99, p. 354.).

da vida privada surgirá quando inexistir autorização do usuário para a divulgação dos dados cadastrais, por não ter autorizado a sua publicação em lista ou quando se referir a contatos feitos, à relação de chamadas, horários, duração, ligações recebidas e estações de origem, em caso de telefonia celular. Em casos tais, não é permitido à empresa de telefonia a divulgação das informações (STJ, ROHC 8.493/SP, Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., un., DJ 2.8.99).

É inaplicável a tais dados a disciplina das interceptações telefônicas, objeto da Lei nº 9.296/96, que recai sobre as comunicações telefônicas (STF, MS 23.452/RJ, Celso de Mello, Pl., un., DJ 12.5.00)⁹, ressalvada a possibilidade de sua aplicação analógica (TRF 4ª R., ACR 2000.70.02.001445-6/PR, José Luiz B. Germano, T. Especial, un., DJ 20.2.02). Não há, de outro lado, lei disciplinadora de tal questão, faltante em nosso ordenamento uma lei geral de proteção de dados.

Na jurisprudência, porém, predomina o entendimento no sentido da existência de sigilo sobre tais dados – o chamado *sigilo telefônico* - e da necessidade de prévia manifestação judicial, sob pena de ilicitude da prova produzida sem tal providência (STJ, REsp. 204.080/CE, Fernando Gonçalves, 6ª T., DJ 1.10.01). De acordo com a orientação jurisprudencial dominante, é cabível o acesso a tais informações quando, existentes indícios concretos de prática criminosa, a medida seja necessária (STJ, HC 20.087/SP, Gilson Dipp, 5ª T., un., DJ 29.9.03) e eficaz para a investigação ou, em outras palavras, quando existente *causa provável* (STF, MS 23.452/RJ, Celso de Mello, Pl., un., DJ 12.5.00).¹⁰

Há posição minoritária, que nos parece acertada, no sentido de que, não havendo lei que imponha manifestação judicial prévia, tais dados poderiam ser fornecidos pelas empresas telefônicas diretamente à autoridade policial, submetendo-se tal prova a verificação posterior de sua legalidade.¹¹ Nesse sentido o precedente que segue, defendendo, minoritariamente, a desnecessidade de autorização judicial:

MANDADO DE SEGURANÇA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. SIGILO TELEFÔNICO. PEDIDO DE INFORMAÇÃO. CADASTRO DE USUÁRIO DE OPERADORA DE TELEFONIA MÓVEL. DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL. INQUÉRITO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

⁹ Nesse sentido: GOMES, 1997, p. 103. Em sentido contrário: GRECO FILHO, 1996, p. 6.

¹⁰ No mesmo sentido: TRF 2ª R., HC 95.02.22528-7, Valmir Peçanha, 3ª T., un., DJ 13.2.96.

AL. DIREITO DE INTIMIDADE. NÃO-VIOLAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. 1. Havendo inquérito policial regularmente instaurado e existindo necessidade de acesso a dados cadastrais de cliente de operadora de telefonia móvel, sem qualquer indagação quanto ao teor das conversas, tal pedido prescinde de autorização judicial. 2. Há uma necessária distinção entre a interceptação (escuta) das comunicações telefônicas, inteiramente submetida ao princípio constitucional da reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XII) de um lado, e o fornecimento dos dados (registros) telefônicos, de outro. 3. O art. 7º da Lei nº 9296/96 - regulamentadora do inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal - determina poder, a autoridade policial, para os procedimentos de interceptação de que trata, requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público. Se o ordenamento jurídico confere tal prerrogativa à autoridade policial, com muito mais razão, confere-a, também, em casos tais, onde pretenda-se, tão-somente informações acerca de dados cadastrais. 4. Não havendo violação ao direito de sigilo das comunicações, inexistente direito líquido e certo a ser protegido, bem como não há qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade apontada como coatora. (TRF 4, AMS 200471000228112/RS, 7ª T., v.u., 7.6.05).

Parece indubitável que os dados registrados na memória do aparelho não se subordinam, igualmente, à disciplina da lei ora comentada como afirmado pelo TRF da 4ª. Região, nos seguintes termos:

A simples verificação dos números das últimas chamadas feitas e recebidas constantes na memória do telefone celular não significa, por si só, violação ao sigilo telefônico desde que a apreensão do aparelho seja legítima. A garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas se refere à vedação de escutas clandestinas, a qual não se configura com a simples checagem dos últimos números registrados na memória do aparelho, ainda que esta seja realizada por outra pessoa que não o proprietário. (TRF 4ª R., AC n.º 2002.04.01.029123-1/PR, Rel. Fábio Rosa, 7ª T., un., DJ 21.5.03).

3.5 Sigilo Profissional do Advogado

É tormentosa a questão da interceptação das conversações do investigado com seu defensor e sua possibilidade de utilização como prova. O art. 187.3 do Código de Processo Penal Português trata da matéria em seu art. 187.3, nos seguintes termos: “É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o argüido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento de crime”.

Efetivamente: “A interceptação de conversa telefônica do suspeito com o seu advogado é proibida e se vier a acontecer em razão de chamada de um ao outro, o caminho será a inutilização da prova, aplicando-se por analogia o art. 9º da Lei 9.296/96.” (TRF 4, HC 200204010077786/RS, Vladimir Freitas, 7ª. T., un., 4.6.02).

Porém, quando o advogado for ele próprio o alvo da investigação, quando, deixando de atuar como profissional da advocacia, passa a ser co-autor ou partícipe do crime, caso em que poderá ser investigado, como qualquer outra pessoa, não servindo o sigilo profissional como carta de imunidade a qualquer procedimento investigativo.

Nesse sentido:

Não prosperam as alegações relativas a eventual violação da liberdade de exercício profissional do paciente, se sobressai, da fundamentação do acórdão, que a medida foi tomada devido à possível participação do paciente em delito, devido a fatores de ordem familiar e pessoal e, não, em função do exercício da advocacia. Ainda que atuasse como advogado, as prerrogativas conferidas aos defensores não podem acobertar delitos, sendo certo que o sigilo profissional não tem natureza absoluta. (STJ, HC 20087/SP, Gilson Dipp, 5ª. T., un., 19.8.03)

O TRF da 3ª Região assim se manifestou sobre a matéria, também em caso no qual a interceptação não guardava relação com a atividade profissional do advogado:

VIII. Se os fatos, objeto de investigação, não dizem respeito à condição de advogado do apelado, nem guardam vinculação com esse mister, mas, sim, decorrem do vínculo familiar mantido com um dos co-réus, a quebra dos sigilos não importa em violação aos princípios constitucionais de cidadania e do exercício profissional, a teor do que dispõe o artigo 7º, II, da

Lei nº 8.906/94. IX. Ademais, também o sigilo profissional não é de natureza absoluta, cedendo passo quando presentes circunstâncias que demonstrem a existência de um interesse público superior. (TRF 3, AC 200061810075960/SP, Suzana Camargo, 5ª. T., un., 3.8.01).

De notar, ainda, que a invalidade da interceptação em relação às conversas entretidas pelo investigado e seu defensor não acarreta a invalidade das demais provas, consoante o precedente que segue:

10. A interceptação telefônica em um escritório de advocacia ocorrerá apenas e tão-somente em decorrência da existência de registro formal de estabelecimento comercial vinculado ao apelante e não, como afirmou a defesa, como medida destinada a violar a privacidade do escritório, não desqualificando, pois, as informações obtidas em outras linhas telefônicas ao longo do procedimento criminal realizado com a autorização do juízo competente. (TRF 4, AC 200004011274888/PR, Fábio Rosa, 7ª. T., un., 22.10.02).

Ainda sobre o caráter e os limites do sigilo, relevante o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE PRESIDENTE DE TRIBUNAL. NOVO SISTEMA DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS POR INTERMÉDIO DE TELEFONISTAS. SALA DESTINADA AOS ADVOGADOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. INDEFERIMENTO LIMINAR DO MANDAMUS CONFIRMADO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. IMPROVIMENTO. DECISÃO MANTIDA PORQUE INCENSURÁVEIS SEUS FUNDAMENTOS. I - A teor do disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Advocacia e da OAB, é assegurado ao advogado, em nome da liberdade e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações telefônicas e afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representação da OAB. II - A inviolabilidade do advogado, no exercício de

sua profissão, abrange os meios utilizados em sua atuação, nestes incluídos seu escritório e locais de trabalho, correspondência, formas de comunicação, a exemplo da telefônica, todos protegidos pelo sigilo profissional. Nesta última hipótese há de se entender, evidentemente, a inadmissibilidade de interceptação telefônica do local de trabalho do advogado e, por óbvio, da sua própria residência. Inadmissível, contudo, ampliar o verdadeiro sentido de tal prerrogativa, de molde a considerar direito líquido e certo, a ser protegido por mandado de segurança, a utilização de sistema telefônico diferente daquele colocado na sala destinada aos advogados, pelo Tribunal de Alçada Estadual. (STJ, ROMS 11627/SP, Garcia Vieira, 1ª. T., un., 28.5.02).

Parece-nos inconveniente a vedação absoluta da interceptação com o defensor, introduzida pelo artigo. 3º do Anteprojeto, a qual deverá ser interpretada à luz dos precedentes acima coligidos, ou seja, no sentido de que mesmo o sigilo profissional do advogado não é absoluto, podendo ceder quando o defensor passa a agir como partícipe ou co-autor do criminoso. Eis o texto proposto:

Art. 3º. As operações referidas nos artigos anteriores não serão permitidas, em qualquer hipótese, quando se tratar de comunicações entre o suspeito ou acusado e seu defensor.

4. Requisitos

Além da limitação, a investigação criminal ou instrução processual penal que limita o objeto da interceptação, com alguma relativização, como se verá abaixo, estão descritos no artigo. 2º os requisitos da interceptação, de modo que o requerimento deverá conter:

- a) descrição da situação objeto da investigação (artigo. 2º, parágrafo único);
- b) a qualificação do investigado, salvo impossibilidade justificada (art. 2º, parágrafo único);
- c) a demonstração de que a interceptação é necessária à apuração da infração penal e de que não há outros meios disponíveis (art. 4º, *caput*, primeira parte, c/c art. 2º, II);
- d) indicação dos meios a serem empregados na interceptação (art. 4º, *caput*, segunda parte), da forma de execução (art. 5º) e, se for o

caso, serão requisitados serviços públicos (art. 7º) e serão feitas a gravação e a transcrição da comunicação telefônica (art. 6º, § 1º).

Será requisito da regularidade da interceptação a existência de decisão, fundamentada sob pena de nulidade, que deverá ser proferida em até 24 h (art. 4º, § 2º). Quanto à fundamentação, o dispositivo apenas reforça o que já é determinado pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição, constantemente lembrado na legislação ordinária, o que parece denunciar o vício de alguns magistrados que insistem em não fundamentar as decisões ou não fazê-lo de forma satisfatória. O anteprojeto avança no tema da fundamentação ao determinar, na alínea *d* do art. 6º, que a decisão deixa consignados os números interceptados e justifica “a sua relação com os fatos investigados”, o que já deve ser feito hoje, devendo, porém, a introdução expressa na lei estimular um aprimoramento da motivação na matéria.

Quanto ao prazo, é impróprio, como os demais prazos fixados aos juízes. Serve, porém, para lembrar a importância da pronta resposta judicial em caso de medidas cautelares penais, devendo ser apreciados até mesmo em prazo inferior, em caso de necessidade.

No mesmo contexto insere-se o tema do pedido oral, objeto do § 1º do art. 4º, que assim dispõe:

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

O dispositivo tem por finalidade conferir agilidade aos casos urgentes, quando o tempo da elaboração de um dispositivo escrito poderá significar a perda da prova. Embora a lei não o diga, o pedido oral ou por correio eletrônico poderá ser admitido, também, em casos de prorrogação ou acréscimo de novos números, até porque um expediente comumente utilizado por investigados é a constante troca dos aparelhos utilizados. O dispositivo é suprimido no anteprojeto, mas não pode afastar, em nosso ver, a utilização de outros meios técnicos que confirmam agilidade ao procedimento, como o fac-símile ou correio eletrônico, tomadas as devidas cautelas em nome da segurança. Melhor seria, aliás, se a lei brasileira permitisse que a interceptação, em casos urgentes, fosse rea-

¹¹ Nesse sentido: SANGALI, 2001, p. 33.

lizada por iniciativa da polícia ou do Ministério Público, sendo posteriormente comunicada ao Juiz, como dispõe o art. 267.2 do CPP italiano¹².

No tema da comunicação, é de referir que não torna ilícita a interceptação a mera falta de assinatura do magistrado no ofício que comunica o seu deferimento, estando a decisão devidamente fundamentada (Apelação Crime Nº 70009042979, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 09/06/2005). O anteprojeto, porém, determina a transcrição integral da decisão no mandado, o que, sobre ser desnecessário, poderá gerar dificuldades de ordem prática, além de possibilitar o conhecimento dos nomes de outros investigados, quando a decisão abranger companhias diversas, o que deverá ser objeto de atenção por parte da autoridade judicial. Eis o texto do criticável dispositivo:

Art. 8º. O inteiro teor da decisão que autorizar a operação técnica será transcrito na ordem, assinada pessoalmente pelo juiz, a ser expedida em duas vias, uma para a prestadora de serviço de telefonia e outra para a autoridade policial.

4.1 Investigação Criminal e Instrução Processual Penal

O texto constitucional estabelece que a interceptação das comunicações telefônicas somente é possível para fins de “investigação criminal ou instrução processual penal”, como se lê no inciso XII do art. 5º, seguindo na mesma linha o art. 1º da Lei nº 9.296/96. O dispositivo pode, porém, ser interpretado no sentido de que a interceptação somente pode ser deferida para fins penais, nada impedindo que, após a obtenção, a prova venha a ser utilizada em ação civil, em especial de natureza sancionatória, como em procedimento administrativo contra servidores públicos ou ações civis públicas que visem a aplicação de sanção por ato de improbidade administrativa. De referir, ainda, eventual necessidade de utilização em procedimento administrativo-tributário, tendo em vista que o lançamento definitivo é considerado, atualmente, condição para o oferecimento de denúncia por crime de sonegação fiscal.

Com efeito, o próprio STF entendeu que: “A cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal – ‘... na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’ – não é óbice à consideração de fato surgido mediante a escuta telefônica para efeito

¹² CERNICCHIARO, 1997, p. 47.

diverso, como é exemplo o processo administrativo-disciplinar.” (RMS 24956/DF, Marco Aurélio, 9.8.05, 1ª. T., un.).

Também relativizou a limitação do uso do referido meio de prova o STJ, ao decidir que: “Sendo a interceptação telefônica requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que o impetrante também responde a processo criminal, não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar.” (MS 9212, Gilson Dipp, 3ª. S., un., 11.5.05).

A seu turno, o TJRS admitiu a utilização da prova referida em ação civil pública, desde que submetida ao contraditório na instrução desta (Agravado de Instrumento Nº 70012314837, Quarta Câmara Cível, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 09/11/2005).

Lamentavelmente, o anteprojeto contraria a orientação que vem sendo adotada na jurisprudência, ao estabelecer, no parágrafo único do art. 19, expressa vedação à utilização desse meio de prova em procedimento extrapenal.

Já se admitiu, igualmente, a utilização do resultado da interceptação como *prova emprestada* (STJ, HC 27145/SP, Félix Fischer, 5ª. T., un., 5.8.03; TJRS, AC 70005662523, Segunda Câmara Criminal, Marco Aurélio de Oliveira Canosa, 18.12.03). Parece-nos, porém, duvidosa a constitucionalidade da utilização da interceptação como prova em processo civil, sem que tenha sido deferida inicialmente para fins penais, como afirmado pelo STJ no caso assim descrito:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCUTA TELEFONICA. GRAVAÇÃO FEITA POR MARIDO TRAIADO. DESENTRANHAMENTO DA PROVA REQUERIDO PELA ESPOSA: VIABILIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PROVA ILEGALMENTE OBTIDA, COM VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE INDIVIDUAL. RECURSO ORDINARIO PROVIDO. I - A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava “Lexotan” às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. II - Embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º da CF/1988 (HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26/02/1996),

no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa a arripio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5º, X). ademais, o STF tem considerado ilegal a gravação telefônica, mesmo com autorização judicial (o que não foi o caso), por falta de lei ordinária regulamentadora (RE 85.439/RJ, Min. Xavier de Albuquerque e HC 69.912/RS, Min. Pertence). (STJ, ROMS 199500032465/GO, Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª. T., m., 27.5.96).

Não assim, porém, quando efetuada a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores, como vem decidindo o TJRS, nas seguintes hipóteses: a) “de conversa entre marido e mulher, em que se utilizaram meios comuns, mesmo que um deles desconheça a existência da impressão sônica (Agravo de Instrumento Nº 70005967740, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 28/05/2003); b) de ação civil pública para apuração de atos de improbidade administrativa (Agravo de Instrumento Nº 70001229517, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Augusto Otávio Stern, Julgado em 14/09/2000; Apelação Crime Nº 70000037234, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 06/10/1999).

Admitiu-se ainda a utilização de gravação para a comprovação de existência de negócio jurídico, nos seguintes termos:

PROVA ILÍCITA. INTERCEPTAÇÃO, ESCUTA E GRAVAÇÃO, TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENCOBRIMENTO DA PRÓPRIA TORPEZA. COMPRA E VENDA COM DAÇÃO EM PAGAMENTO. VERDADE PROCESSUALIZADA. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. (...) 2 - O princípio da proporcionalidade, que se extrai dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, se aplica quando duas garantias se contrapõem. A Lei 9.296/96 veda, sem autorização judicial, a interceptação e a escuta telefônica, mas não a gravação, ou seja, quando um dos interlocutores grava a própria conversa. A aplicação há de ser uniforme ao processo civil, em face da comunicação entre os dois ramos processuais, mormente dos efeitos de uma senten-

ça penal condenatória no juízo cível e da prova emprestada. 3 - A garantia da intimidade, de forte conteúdo ético, não se destina à proteção da torpeza, da ilicitude, mesmo que se trate de um ilícito civil. Na medida em que o requerido, deliberadamente, confessa ao autor o negócio realizado, mas diz que este não conseguiria prová-lo, pretende acobertar-se sob o manto da torpeza, com a inadmissibilidade da gravação. A conduta do autor manteve-se dentro dos estritos limites da justa causa, da necessidade de reaver seu crédito, sem interferência ou divulgação para terceiros. 4 - A prova testemunhal, ainda que indiciária, roborava a existência do negócio jurídico havido entre as partes. (Apelação Cível Nº 70004590683, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 09/12/2002).

4.2 Causa Provável

A lei exige, como requisito para a concessão da medida, a existência de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal” (artigo 2º, I), o que constitui a causa provável de modo que não pode ser deferida em função de meras conjecturas, na falta de indícios objetivos ou com mera função prospectiva, da verificação da existência de infrações penais.

Nesse sentido os precedentes que seguem:

2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. (STF, HC 83515/RS, Nelson Jobim, Pl., m., 16.9.04). Não prospera o argumento de ilegalidade da quebra, por ser baseada nas declarações de uma só pessoa, pois tal alegação nada diz com relação à legalidade ou ilegalidade da medida. O que deve ser analisado é se a declaração trazida aos autos tem a capacidade de configurar indício razoável de autoria ou participação em infração penal, sendo certo que a impetração não atacou a sua aptidão para tanto. Se o

depoimento que originou a quebra de sigilos narra comunicações por telefone, e-mails e fac-símiles, sendo que os encontros ocorriam em ambientes particulares e entre específicas pessoas, não se pode cogitar da produção de outros meios de prova para a apuração da veracidade das informações. O fato de o paciente ter disponibilizado as informações referentes ao seu sigilo bancário e fiscal à Procuradoria da República, não só o fazendo em relação aos sigilos telefônicos e telemáticos, não ilide a necessidade da prova. Se o paciente afirma não ter autorizado a quebra dos sigilos telefônico e telemático, afasta-se a argumentação da desnecessidade da medida e, de outro lado, se não se opõe sejam investigados seus sigilos bancário e fiscal, atesta a falta interesse jurídico nesta parte da impetração. (...). Não há ilegalidade na decisão que decreta a quebra dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático do paciente, se devidamente demonstrada tanto a presença de indícios suficientes de participação em crime, como a peculiaridade de ser a única forma eficaz e disponível para a elucidação dos fatos Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente deferida. (STJ, HC 20087/SP, Gilson Dipp, 5ª. T., un., 19.8.03).

IV. A interceptação de comunicações telefônicas, regulamentada pela Lei nº 9.296/96, somente pode ocorrer quando presentes os requisitos legais, consubstanciados na existência de indícios razoáveis da autoria ou participação de alguém em infração penal punida com reclusão, bem como na demonstração de necessidade da medida, de molde a que não possa a prova ser feita por outros meios disponíveis. (TRF 3, AC 200061810075960/SP, Suzana Camargo, 5ª. T., un., 3.8.01, Caso TRT de São Paulo).

3. É ilícita a interceptação telefônica fundada exclusivamente em denúncia anônima, contaminando com tal ilicitude as provas conseqüentes. (TRF 4, HC 200504010334190, Néfi Cordeiro, 7ª. T., un., 14.9.05).

Assim, a interceptação não pode servir para iniciar uma investigação, sem nenhuma informação anterior, como segue:

CORREIÇÃO PARCIAL. INDEFERIMENTO DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. MANTIDO. O pedido de correção parcial, atacando o indeferimento de quebra de sigilo telefônico, não procede, pois corretamente decidiu o

Magistrado que assim, sendo, pelos argumentos acima expostos, entendendo que atualmente não existem elementos da prática dos crimes atribuídos aos investigados, e considerando que sua intimidade não pode ser violada sem a presença de sérios elementos contra suas pessoas, não podendo a interceptação telefônica utilizada como fonte exclusiva de prova, pois para ser deferida precisa de elementos anteriores, é que indefiro o requerimento formulado pelo Ministério Público. Acertadamente, preservou a intimidade e a vida privada de pessoas, porque a diligência requerida se mostra temerária. Unânime. (Correição Parcial Nº 70013476320, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 01/12/2005).

4.3 Necessidade

Dando cumprimento ao requisito da necessidade na aplicação do preceito da proporcionalidade, a lei determina, no inciso II do artigo 2º, a vedação da interceptação quando: “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis”. Com efeito, sendo técnica de investigação violadora do direito fundamental ao sigilo das comunicações, não deve ser banalizada, mas sim resguardada aos casos em que a prova não seja possível por outra via.

O atendimento a tal requisito deverá ser demonstrado faticamente, como no precedente que segue:

8. Nenhuma mácula recai sobre o procedimento criminal que culminou com a interceptação telefônica ora impugnada, que se realizou em plena conformidade com a Lei nº 9.296/96. Inocorreu qualquer irregularidade capaz de macular o procedimento investigativo. A defesa técnica não apontou quais os elementos que precisamente caracterizariam qualquer vício no procedimento criminal realizado. Quanto à necessidade da interceptação telefônica, esta foi devidamente fundamentada pelo Ministério Público Federal e pelo eminente magistrado que a autorizara, tendo salientado que novos elementos probatórios poderiam advir dessa operação, revelando a verdadeira articulação dos negócios perpetrados pelo apelante, que não poderia ser verificada apenas mediante análise de provas documentais, especificamente no que se refere ao lançamento tributário, sobretudo quando o apelante e seus

prepostos se recusavam a prestar tais informações. (TRF 4, AC 200004011274888/PR, Fábio Rosa, 7ª. T., un., 22.10.02).

4.4 Crimes Apenados com Reclusão

Em sendo o delito apenado somente com detenção, não será possível a utilização da interceptação telefônica como meio de prova. Cuida-se aqui de aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Entendeu o legislador, ponderando os pesos em jogo, em dar maior valor à inviolabilidade das comunicações, percebendo que aqueles crimes apenados tão-somente com detenção não ostentam gravidade suficiente para autorizar a restrição do direito fundamental. A crítica que poderia ser feita é que há alguns delitos de certa gravidade apenados somente com detenção, sendo relevantes, por exemplo, aqueles relativos às licitações, objeto da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Nada impede, porém, a utilização da prova em caso de crimes apenados com detenção, verificados ao longo da interceptação, quando a medida tenha sido deferida para a investigação de delitos conexos apenados com reclusão. Afirmou textualmente o STF que: “Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção.” (STF, HC 83515/RS, Nelson Jobim, Pl., m., 16.9.04).

A seu turno, o STJ assim decidiu:

XII. Se, no curso da escuta telefônica – deferida para a apuração de delitos punidos exclusivamente com reclusão – são descobertos outros crimes conexos com aqueles, punidos com detenção, não há porque excluí-los da denúncia, diante da possibilidade de existirem outras provas hábeis a embasar eventual condenação. XIII. Não se pode aceitar a precipitada exclusão desses crimes, pois cabe ao Juiz da causa, ao prolatar a sentença, avaliar a existência dessas provas e decidir sobre condenação, se for o caso, sob pena de configurar-se uma absolvição sumária do acusado, sem motivação para tanto. (STJ, RHC 13274/RS, Gilson Dipp, 5ª. T., un., 19.8.03).

No mesmo sentido o TRF da 4ª. Região, nos seguintes termos: “Não é nula a interceptação que junto com os crimes de reclusão acaba apurando a existência de crimes apenados com detenção, porque é impossível em escuta interceptada separar as conversas em razão dos fatos serem apenados de forma mais grave ou mais branda.” (TRF 4, HC 200204010077786/RS, Vladimir Freitas, 7ª. T., un., 4.6.02).

No anteprojeto da nova lei, oriundo do Poder Executivo, é adotado o sistema da lista de crimes que permitem a utilização desse meio de prova, restringindo sua utilização a doze delitos considerados graves pelo legislador, que são os seguintes:

[...] terrorismo; tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; tráfico de mulheres e subtração de incapazes; lavagem de dinheiro; contra o sistema financeiro nacional; contra a ordem econômica e tributária; contra a administração pública, desde que punidos com pena de reclusão; falsificação de moeda; roubo, extorsão simples, extorsão mediante seqüestro, seqüestro e cárcere privado; homicídio doloso; ameaça quando cometida por telefone; decorrente de organização criminosa.

Embora o rol tenha uma certa abertura, parece-nos mais interessante a manutenção do sistema atual ou, pelo menos, a aplicação do entendimento jurisprudencial no sentido de que os crimes conexos punidos com detenção poderão ser provados mediante interceptação telefônica. A introdução do rol poderá levar, porém, à construção no sentido de que, em caso de descoberta fortuita, fica a utilização desse meio de prova limitada aos delitos arrolados.

4.5 Delimitação do Objeto da Investigação

A lei determina, no parágrafo único do artigo 2º, como condição do pedido a delimitação clara, em qualquer hipótese, “da situação objeto da investigação, inclusive com a qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.” O atendimento de tal requisito não importa em minuciosa especificação, sendo suficiente, por exemplo, alusão à prática de tráfico de cocaína, à prática de contrabando, à atuação de quadrilha na região de São Paulo para a prática de seqüestro.

Nessa linha, ao tratarmos da delimitação do objeto da investigação, em relação ao sigilo bancário, tecemos considerações que nos parecem aqui aplicáveis, do seguinte teor:

Ademais da existência de causa provável, consubstanciada na existência de indícios da ocorrência de crime, outro requisito que deve ser atendido pela decisão é a existência de um certo grau de determinação quanto aos fatos investigados, não sendo admissível um pedido amplo, de investigação de fatos criminosos quaisquer que estejam sendo cometidos.

Claro que não se poderá exigir total certeza sobre os fatos, o que seria uma contradição com a existência de uma investigação em andamento. Se houver certeza e clareza absoluta, a quebra de sigilo financeiro seria desnecessária. Bastante, então, a menção aos tipos penais infringidos e os indícios de autoria. Possível aqui a analogia com o art. 243 do CPP, que disciplina a busca e apreensão e determina que o mandado de busca em domicílio deverá indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo morador e, em se cuidando de busca pessoal, o nome da pessoa que terá que sofrê-la ou sinais que a identifiquem.¹³

No caso da interceptação telefônica, não nos parece inviável que a autorização recaia, em casos excepcionais, sobre números telefônicos utilizados pelo investigado e ainda desconhecidos, à medida que forem identificados pela autoridade policial ou, pelo menos, que haja muita agilidade por parte do Poder Judiciário nos pedidos de extensão da quebra, pois, se é certo que os autores de crimes graves não deixam de se valer do telefone, também é certo que mudam constantemente de números e aparelhos, de modo a dificultar a persecução policial.

O anteprojeto afasta, porém, a possibilidade de autorização sem o arrolamento dos terminais telefônicos, facultando, em tal caso, o acesso ao cadastro telefônico por parte do Ministério Público e da autoridade policial, no § 1º do art. 5º, que se apresenta com os seguintes contornos:

§ 1º. O requerimento ou a representação deverá indicar o número da linha telefônica (código de acesso), com seu código de área, podendo o Ministério Público e a autoridade policial requisitar das prestadoras dos serviços de telefonia, exclusivamente para os fins da formulação do pedido, o cadastro relativo ao nome, número de telefone e endereço do titular da linha.

¹³ BALTAZAR JUNIOR, 2005, p. 102.

De notar, porém, que o dispositivo apresenta o efeito de limitar o acesso da autoridade policial e do Ministério Público apenas para os casos de formulação do pedido, o que não condiz com a natureza do cadastro telefônico, que não está, em nossa posição, sujeito a sigilo, podendo ser alcançado a autoridade policial e ao Ministério Público independentemente de autorização judicial, como referido nas linhas acima, no item 2.4.

4.5.1 *Descoberta Fortuita*

Tema complexo em relação à interceptação telefônica e à licitude da prova em geral é aquele da chamada *descoberta fortuita*, ou seja, do encontro de prova referente a outro delito que não aquele motivador do pedido de interceptação.

De início é possível afirmar que, no momento da investigação, não há uma delimitação completa e exata do objeto, não havendo como exigir os rigores do princípio da correlação entre denúncia e sentença. Investiga-se, com base em uma hipótese, mas sem uma definição totalmente precisa dos contornos do fato, o que é próprio da denúncia. Assim, estando os fatos descobertos dentro dos contornos mais ou menos fluidos do tema da investigação, a prova deve ser admitida. Assim, segundo notícia veiculada no Informativo 367 do STF, o relator do HC 84388, relativo à denominada Operação Anaconda, Min. Joaquim Barbosa:

[...] rejeitou a assertiva de que a prova produzida pelas escutas telefônicas seria ilícita, na medida em que o conhecimento dos supostos fatos criminosos imputados ao paciente teria ocorrido de forma fortuita. Considerou que as interceptações telefônicas realizadas tiveram por escopo justamente apurar suspeita de envolvimento de policiais federais e magistrados em práticas delituosas e que, por meio delas, foi descoberto possível envolvimento do paciente na organização criminosa.¹⁴

Quanto aos demais, uma solução é aquela dada pelo STJ no sentido de que: “É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judici-

¹⁴ Em sentido contrário, afirmando que a prova somente pode ser utilizada para o feito em que foi requerida: CERNICCHIARO, Op. cit., p. 48.

al de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação.” (STJ, HC 33553, Laurita Vaz, 5ª. T., un., 17.3.05).¹⁵

De acordo com o TJRS: “Resultando, de interceptação telefônica devidamente autorizada judicialmente, informações tendentes a esclarecimento de outro ilícito, ocorrido em comarca diversa, nada justifica o desprezo dessa prova, cuja licitude não se vê medir por questões geográficas/territoriais, na investigação desse outro crime.” (Habeas Corpus Nº 70013552922, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 15/12/2005).

O anteprojeto adota no tema a seguinte orientação:

Art. 19. Os resultados das operações técnicas realizadas nos termos desta lei não poderão ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do artigo 1º desta lei, hipótese em que se observará o disposto nos artigos 16 e 17.

5. Iniciativa

É do juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, como consignado no artigo 3º. Embora pouco usual, a iniciativa judicial na matéria não viola a Constituição, como já tivemos a oportunidade de afirmar¹⁶. O anteprojeto traz interessante inovação, do ponto de vista da igualdade de armas, ao facultar a realização do pedido ao investigado, no § 2º do artigo 5º, mas não vemos grande possibilidade de aplicação prática, a não ser em relação à produção de prova contra co-investigados.

6. Competência

Juiz competente é o da ação penal, que ficará prevento, nos termos do parágrafo único do artigo. 75 do CPP (STF, HC 82009/RJ, Nelson Jobim, 2ª. T., un., 12.11.02).¹⁷

¹⁵ No mesmo sentido, apelando ao limite do “bom senso”: Apelação Crime Nº 70012601456, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 30/11/2005.

¹⁶ BALTAZAR JUNIOR, Op. cit.

Nessa linha, de acordo com o STJ: “O juiz competente para a ação principal é quem deve autorizar ou não a interceptação das comunicações telefônicas. Considera-se nula a autorização judicial para interceptação telefônica concedida por juiz incompetente.” (STJ, HC 10243, Edson Vidigal, 5ª T., un., 18.12.00)

A verificação posterior de incompetência não vicia a prova determinada pelo juiz que, conforme os dados conhecidos no momento da decisão, seria competente, conforme decidido pelo STF, nos seguintes termos:

IV. Interceptação telefônica: exigência de autorização do “juiz competente da ação principal” (L. 9296/96, art. 1º): inteligência. 1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da L. 9296/96: só ao juiz da ação penal condenatória - e que dirige toda a instrução -, caberá deferir a medida cautelar incidente. 2. Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação - não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará -, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. 3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal - aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da decisão - que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas. (STF, HC 81260/ES, Sepúlveda Pertence, Pl., un., 19.4.02)¹⁸

¹⁷ No mesmo sentido: Conflito de Competência Nº 70012639811, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 29/09/2005. Em sentido contrário: Habeas Corpus Nº 70011121191, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 07/04/2005; Apelação Crime Nº 70008659617, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, Julgado em 01/10/2004.

¹⁸ No mesmo sentido: STJ, HC 16333/ES, Gilson Dipp, 5ª. T., un., 14.8.01; STJ, HC 27119/RS, Gilson Dipp, 5ª. T., un., 24.6.03; STJ, RHC 15128, Gilson Dipp, 5ª T., un., 3.2.05. Em sentido contrário: STF, RHC 80197/GO, Néri da Silveira, 2ª. T., un., 8.8.00.

Fora do horário de expediente normal: “Compete ao serviço de plantão a jurisdição sobre pedidos de interceptação telefônica e de busca e apreensão daí decorrentes.” Correição indeferida. (Correição Parcial Nº 70007567803, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 04/12/2003).

O anteprojeto, em dispositivo que apresenta rigor excessivo em seus efeitos, trata da depreciação da oitiva, nos seguintes termos:

Art.11. A solicitação de um juiz a outro, para efeito da realização das operações técnicas fora da área de sua competência, será feita por qualquer meio rápido de comunicação, distribuído e autuado sob sigredo de justiça, devendo ser confirmada em 48 horas por documento oficial, sem prejuízo do imediato início das operações.

Parágrafo único. Não sendo feita no prazo a comunicação oficial, as operações serão imediatamente suspensas, com inutilização da prova porventura colhida, na forma a ser determinada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

7. Momento

O artigo 8º da lei determina que a interceptação corra em autos apartados, que serão, oportunamente, apensados aos autos do inquérito policial ou ação penal. Não há impedimento, porém, há instauração do procedimento antes da instauração prévia de inquérito policial, desde que atendidos os requisitos da existência de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”, como exigido no inciso I do artigo 2º os quais não precisam estar, necessariamente, inseridos em inquérito policial.

Nessa linha, de acordo com o STJ: “Não se pode condicionar a quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático à instauração prévia do procedimento investigatório, devendo-se exigir, apenas, que a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal seja demonstrada, em consonância com os indícios de autoria ou participação no ilícito e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis. A legislação fala em ‘investigação criminal’, não prevendo, para a interceptação telefônica, a instalação prévia de inquérito policial.” (STJ, HC 20087/SP, Gilson Dipp, 5ª. T., un., 19.8.03).

Na mesma linha o TRF da 3ª. Região, nos termos que seguem:

O pedido de quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático tem a natureza de medida cautelar preparatória, de caráter instrumental, pelo que a sua formulação independe da prévia abertura de inquérito policial ou da instauração de ação penal, conforme, inclusive, autoriza o artigo 240 do Código de Processo Penal, sendo necessário, somente, a presença de indícios de autoria delitiva e mínima prova da prática de uma infração penal, além do ‘periculum in mora’. XII. A Lei nº 9.296/96 também não condicionou a quebra do sigilo telefônico à prévia instauração de qualquer tipo de procedimento criminal, mas, tão-somente, à demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, punida com reclusão, em havendo indícios razoáveis da autoria ou participação desse ilícito penal e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis, podendo, portanto, revestir-se da natureza de medida cautelar preparatória. (TRF 3, AC 200061810075960/SP, Suzana Camargo, 5ª. T., un., 3.8.01).

8. Prazo

O artigo 5º fixa o prazo máximo da interceptação em “quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.” A prática revelou a exigüidade do prazo fixado pela lei, insuficiente para casos em que a prova é fragmentária, montada como um mosaico de pequenas informações, que demandam tempo para a compreensão de um quadro que possa ter serventia probatória, levando a jurisprudência a admitir de forma relativamente ampla a prorrogação da medida como examinaremos no item a seguir.

O anteprojeto ignora tal fato para definir o prazo máximo de sessenta dias para a interceptação, com a única exceção de crime permanente, enquanto durar a permanência (art. 9º, § 1º) o que constituirá, caso aprovado, em mais um óbice para a combatida persecução criminal. Nada a criticar, porém, quanto às exigências de que a prorrogação seja concedida “desde que continuem presentes os pressupostos autorizadores da medida” (art. 9º, *caput*), demonstrada em “nova ordem judicial, devidamente motivada” (art. 9º, § 2º), bem como a exigência, a partir da segunda renovação, da

“verificação da excepcionalidade do caso concreto, baseada na apresentação ao juiz competente de relatório circunstanciado a respeito do resultado das operações já desenvolvidas” (art. 9º, § 1º).

Sobre o prazo há interessante precedente oriundo do TRF da 4ª. Região, afirmando ser irrelevante a falta de alvará para o procedimento em um único dia, ao longo de quase três anos de diligências: essa pequena falha não contamina o restante da prova, regularmente produzida. (TRF 4, AC 200071040036423/RS, Amir Sarti, 8ª. T., un., 12.11.01). O anteprojeto, no entanto, assim dispõe sobre a interrupção, o que poderia comprometer o entendimento referido naquela decisão:

Art. 10. Os prazos previstos no artigo 9º e seus parágrafos correrão de forma contínua e ininterrupta, a partir da data em que a prestadora do serviço de telefonia proporcionar a realização da operação autorizada, comunicando o fato, por escrito, imediatamente ao juiz.

8.1 Prorrogação

De acordo com o STF: “É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96.” (STF, HC 83515/RS, Nelson Jobim, Pl., m., 16.9.04).

No mesmo sentido o STJ, afirmando que: “A interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos. O prazo de duração da interceptação deve ser avaliado pelo Juiz da causa, considerando os relatórios apresentados pela Polícia.” (STJ, RHC 13274/RS, Gilson Dipp, 5ª. T., un., 19.8.03).

Na mesma linha, para o TRF da 4ª. Região: “Se a interceptação telefônica foi feita pela Autoridade Judiciária com equilíbrio e atenção às exigências do artigo 5º da Lei 9.296/96, não poderá ser declarada nula porque foi renovada várias vezes posteriormente em razão da necessidade do prosseguimento das investigações.” (TRF 4, HC 200204010077786/RS, Vladimir Freitas, 7ª. T., un., 4.6.02).¹⁹

¹⁹ No mesmo sentido: STJ, RHC 15121, Paulo Medina, 6ª. T., un., 19.10.04; TRF 2, AC 200102010312808/RJ, Antônio Cruz Netto, 2ª. T., un., 7.5.03; Correição Parcial Nº 70006869036, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 12/11/2003.

De acordo com o STJ: “Não se pode exigir que o deferimento das prorrogações (ou renovações) seja sempre precedido da completa transcrição das conversas, sob pena de frustrar-se a rapidez na obtenção da prova. Não se faz necessária a transcrição das conversas a cada pedido de renovação da escuta telefônica, pois o que importa, para a renovação, é que o Juiz tenha conhecimento do que está sendo investigado, justificando a continuidade das interceptações, mediante a demonstração de sua necessidade.” (STJ, RHC 13274/RS, Gilson Dipp, 5ª. T., un., 19.8.03).

9. Degravação

O § 1º do artigo 6º da Lei assim dispõe: “No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.” O texto parece pressupor que a regra geral é que a interceptação não seja registrada, ao contrário do que usualmente acontece. A Lei nº 9.034/95, em seu art. 2º, inciso IV, ao tratar da interceptação ambiental, distingue as atividades de *captação*, *interceptação* e *registro* das comunicações.

A degravação integral do registro da interceptação é, porém, desnecessária, inconveniente e até mesmo inexequível. Desnecessária porque muito do que é gravado não diz respeito ao objeto das investigações²⁰, sendo a degravação parcial suficiente para a compreensão dos fatos²¹. Caso haja alegação da defesa de que o extrato dos diálogos degravados leva a uma falsa compreensão dos fatos, deverá apontar quais os pontos que demonstram a inconformidade da versão da acusação ou aqueles necessários para uma integral compreensão indicando-os ou transcrevendo-os. Para tanto, deverá ser facultada a oitiva do conteúdo integral da interceptação, disponibilizando-se, na Secretaria da Vara, o equipamento para que os defensores possam ter acesso integral à prova produzida. É esse o teor do anteprojeto, como se vê nos seguintes dispositivos:

²⁰ Na mesma linha, para o TRF da 4ª. Região: “Sem consequência processual a exclusão das passagens que não apresentavam nenhuma relevância para as investigações, nas gravações dos diálogos interceptados, desde que o material efetivamente utilizado como prova tenha sido devidamente preservado: fere o senso comum exigir a conservação de registros totalmente despidos de qualquer interesse para o processo.” (TRF 4, AC 200071040036423/RS, Amir Sarti, 8ª. T., un., 12.11.01).

²¹ A seu turno, o TRF da 2ª. Região decidiu que: “O fato de as fitas não terem sido transcritas na sua integralidade deixa de ter relevância ante à constatação de que aquelas já degravadas permitem aferir a culpabilidade dos réus.” (TRF 2, AC 200102010312808/RJ, Antônio Cruz Netto, 2ª. T., un., 7.5.03).

Art.17. A transcrição dos trechos indicados instruirá os autos, conservando-se em cartório, em absoluto segredo de justiça, as fitas magnéticas ou elementos análogos, até o trânsito em julgado da sentença, quando serão destruídos na forma a ser indicada pelo juiz, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

Parágrafo único. É permitido às partes extraírem cópias das transcrições e escutarem, em juízo, as gravações, cabendo ao juiz zelar pela preservação da inviolabilidade e privacidade da prova.

Em suma muito do que é registrado diz respeito à vida do investigado e de pessoas que com ele mantém conversações, o que viria a expor, desnecessariamente, aspectos da vida de pessoas que poderão até mesmo ser estranhas ao processo. Por fim, haverá casos em que a degravação de dezenas ou centenas de horas de conversas será um ônus desnecessário para os serviços judiciários sobrecarregados, podendo, ainda, se converter em causa de atraso e até mesmo de prorrogação desnecessária de prisão preventiva, como afirmado pelo STF, nos seguintes termos: “Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96).” (STF, HC 83515/RS, Nelson Jobim, Pl., m., 16.9.04).²²

O prejuízo decorrente da demora ficou evidente em caso no qual os investigados permaneceram presos, aguardando a degravação por um ano e quatro meses, o que culminou com a concessão de ordem de *habeas corpus* pelo STJ (HC 37342/RJ, José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., m., 22.3.05).

Registramos, porém, a existência de posição contrária, já tendo o STJ assim se manifestado sobre o tema: “A lei exige que seja feita a transcrição das gravações ao final da escuta, a fim de que o conteúdo das conversas seja juntado ao processo criminal.” (STJ, RHC 13274/RS, Gilson Dipp, 5ª T., un., 19.8.03). No mesmo sentido, em outra formulação: “Não restando esclarecida a suposta ilicitude da gravação, a sua degravação - cujo valor deverá ser apreciado posteriormente - deve ser deferida.” (STJ, RHC 7321/PR, Félix Fischer, 5ª T., un., 9.6.98).

²² No mesmo sentido: STJ, HC 37227/SP, José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., un., 19.10.04.

Nada impede, de todo modo, que a degravação seja feita no curso da instrução (STJ, HC 16241/SP, José Arnaldo da Fonseca, 5ª. T., un., 2.8.01).

Não há vedação, tampouco, à existência de notas que esclareçam o conteúdo dos diálogos, como afirmado, com acerto, pelo TRF da 4ª. Região: “A inserção de notas explicativas nas transcrições é providência salutar e até mesmo indispensável para a compreensão dos diálogos interceptados, tendo em vista a linguagem propositadamente enigmática empregada pelos traficantes nas suas conversações telefônicas.” (TRF 4, AC 200071040036423/RS, Amir Sarti, 8ª. T., un., 12.11.01).

Ainda sobre o tema da interpretação das ligações, é esclarecedor o trecho que segue:

13. Da mesma forma, a escuta de algumas das ligações telefônicas entre os três condenados, contidas em áudio no relatório do inquérito, já revela o verdadeiro objeto dos negócios da organização, sendo difícil crer que envolvesse venda de pedras preciosas, como sustentam os réus. 14. De fato, não se trata de interpretar as ligações, basta não ser ingênuo, pois é consabido que neste tipo de crime os agentes não se referem à natureza do produto, quantidade e preço de modo expresso, por razões óbvias, sempre se comunicando através de códigos, como se observou na hipótese. Além disso, o fato de muitas das conversas serem em inglês ou tagalo (idioma filipino), é mais um indício de que as tratativas não envolvessem simples comércio de diamantes. 17. Com relação às interceptações telefônicas, ainda, deve-se ter em conta que constituem, sim, prova no processo penal, independente de qualquer outra, embora, por óbvio, o valor probatório deva ser aferido em conjunto com as demais. (TRF 4, AC 200372080113791/SC, Tadaaqui Hirose, 7ª. T., un., 6.7.05).

Não há que falar, tampouco, em perícia, como decidido pelo TRF da 2ª. Região: “A não submissão das fitas à perícia não importa em nulidade, mesmo porque não há, na lei de regência, nenhuma exigência nesse sentido.” (TRF 2, AC 200102010312808/RJ, Antônio Cruz Netto, 2ª. T., un., 7.5.03).

A seu turno, o TRF da 4ª Região assim se manifestou:

9. O fato da degravação propriamente dita não ter sido realizada por servidores públicos titulares do cargo de perito, não enseja qualquer prejuízo ao resultado obtido uma vez

que os servidores que atuavam estavam sob a responsabilidade da Seção de Criminalística da própria Polícia Federal, que entendia que tal atividade, consistente na oitiva de infundáveis horas de gravações e respectivas transcrições, poderia ser desenvolvida por servidores desprovidos de habilitação técnica específica, o que aliás já foi admitido pela 8ª Turma deste TRF: “(...)7. Desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação.(...)” (ACR nº 2000.71.04.003642-3/RS, 8T, Rel. Des. Federal Amir Sarti, DJ 16.01.2002, p. 1396). (TRF 4, AC 200004011274888/PR, Fábio Rosa, 7ª. T., un., 22.10.02)²³.

O mesmo Tribunal já decidiu que: “A escuta telefônica autorizada judicialmente é medida prevista na Lei nº 9.296/96, sendo prescindível a realização de perícia para identificação dos interlocutores quando a prova pode ser obtida por outros meios.” (TRF 4, AC 2001.71.00.003961-2/RS, Élcio Pinheiro de Castro, 8ª T., un., DJ 10.4.02).²⁴

Nessa linha vai o anteprojeto, ao estabelecer que: “As dúvidas a respeito da autenticidade da gravação ou da voz serão decididas pelo juiz, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 145 a 148 do Código de Processo Penal.” (Art. 16, § 3º).

10. Cientificação do Ministério Público

A providência está prevista no artigo 6º, assim redigido:

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. § 2º

²³ No mesmo sentido: TRF 4, AC 200271040117493/RS, Maria de Fátima Freitas Labarrère, 7ª. T., v.u., 5.5.04.

²⁴ No mesmo sentido: (Apelação Crime Nº 70004943593, Câmara Especial Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 13/09/2004; Habeas Corpus Nº 70013075791, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 26/10/2005.

Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas. § 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

A eventual falta de formalização da ciência do Ministério Público não é, porém, causa de nulidade, como se vê dos seguintes excertos:

4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. (STF, HC 83515/RS, Nelson Jobim, Pl., m., 16.9.04).

Não procede a alegação de nulidade nas interceptações pelo fato de o Ministério Público não ter sido cientificado do deferimento das medidas investigatórias, se sobressai que o Parquet acompanhou toda a investigação dos fatos, inclusive a interceptação das comunicações telefônicas dos pacientes, não sendo necessário que fosse formalmente intimado de cada prorrogação das escutas. (STJ, RHC 13274/RS, Gilson Dipp, 5ª. T., un., 19.8.03).

Nada impede, ainda, que o Ministério Público seja cientificado posteriormente ao deferimento da medida (TRF 3, HC 200203000019878/SP, Ramza Tartuce, 5ª. T., un., 30.4.02), especialmente em casos de urgência.

11. Autuação

A autuação do pedido de interceptação deve dar-se em apartado, como determina expressamente o artigo 8º. O apensamento deve se dar antes das alegações finais, no procedimento ordinário. Usualmente, porém, como a medida se dá ao longo da investigação, as partes têm ciência desde o início da ação penal, o que, aliás, permite eventuais questionamentos ao longo da instrução, o que é bastante conveniente.

Após o encerramento da medida investigativa, o sigilo a que se refere o artigo 8º se dá apenas em relação a terceiros, não às partes, que deverão ter ciência da realização da prova e de seu teor, a fim de assegurar a plenitude do direito de defesa. Não há obrigatoriedade, no entanto, e a preservação dos direitos de terceiros recomenda que não se faça, a entrega de cópia das mídias onde contidos os registros, facultando-se as partes o direito de ouvi-las no cartório.

O parágrafo único do artigo 8º estabelece o momento em que os autos da interceptação devem ser apensados aos principais, nos seguintes termos:

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

O dispositivo é merecedor de crítica, pois o melhor é que o acesso das partes seja anterior à instrução, a fim de que a prova possa ser contrastada por ocasião do interrogatório e da oitiva das testemunhas. O STJ, porém, entendeu que não há ilegalidade na juntada posterior, desde que também a acusação não tenha tido acesso ao teor das conversas (STJ, RHC 15134, Laurita Vaz, 5ª. T., un., 3.2.05).

O anteprojeto avança nesse ponto determinando o artigo 16 que: “Recebido o material obtido nas operações técnicas, o juiz competente dará ciência do mesmo ao Ministério Público, ao suspeito ou acusado e seu defensor.”

Em não tendo sido produzida prova útil, nada impede o arquivamento dos autos, sem remessa ao pretense juízo competente, como decidido pelo TRF da 4ª. Região, nos seguintes termos:

CORREIÇÃO PARCIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DECISÃO QUE DETERMINA O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. NEGATIVA DE REMESSA À ÓRBITA ESTADUAL. CONHECIMENTO COMO APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA

*FUNGIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE. VINCULAÇÃO DOS DADOS COLETADOS A PROCEDIMENTO CRIMINAL. (...)*3. *Consoante a disciplina da Lei nº 9.296/96, a interceptação de comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, admitida em caráter de exceção, à luz da 2ª parte do inciso XII do art. 5º da CF/88, tem o respectivo procedimento sujeito ao estrito controle e comando do Juiz competente para o julgamento do processo principal, cabendo a este avaliar, passo a passo, se a tutela constricta postulada é efetivamente necessária para apurar a prática de suposto delito sob investigação. 4. Mostra-se regular o arquivamento dos autos de procedimento cautelar em que autorizada interceptação telefônica, diante da não confirmação dos indícios referentes ao tráfico internacional de drogas, os quais - a princípio - observado o critério da competência - motivaram a persecutio criminis no âmbito federal. 5. Observados os princípios da necessidade e da proporcionalidade, à míngua de prova contrária, descabe impor reparos ao Juízo Federal que indeferiu a remessa dos autos da medida cautelar arquivada à órbita Estadual, mormente quando autorizou a manutenção dos dados obtidos para eventual aproveitamento nas investigações. 6. Em obediência à mencionada regra contida na 2ª parte do inciso XII, art. 5º da CF/88, a prova sigilosa, mantida no âmbito da Polícia Federal, deverá ficar formalmente vinculada a procedimento criminal, sob controle do Juízo apelado. (TRF 4, COR 200204010477685/RS, Luiz Fernando Wowk Penteado, 8ª. T., un., 2.4.03).*

12. Incidente de Inutilização

A lei atual prevê, em seu artigo 9º, o incidente de inutilização da prova que não interessar ao processo. O anteprojeto avança no tema, disciplinando a destruição da prova em caso de provimento de recurso da defesa contra a decisão que autorizar a interceptação, como disposto no artigo 7º, que segue transcrito:

Art. 7º. Da decisão que deferir ou indeferir o pedido cabe recurso em sentido estrito, sem efeito suspensivo, devendo o

tribunal, se for o caso, determinar a inutilização da prova eventualmente obtida, bem como a sua forma, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

13. Conclusões

A interceptação telefônica é um meio de prova do qual não se pode abrir mão, em especial no âmbito da macrocriminalidade, tendo em vista a frequência e importância do uso de meios tecnológicos pelos agentes delituosos. Ao mesmo tempo, por constituir-se em meio de prova altamente invasivo da vida privada e da intimidade, exige-se adequada regulamentação de seus limites, requisitos e forma de produção e integração. A experiência brasileira dos últimos dez anos, bem como a construção jurisprudencial em torno da matéria vem permitindo a elaboração de uma prática que não inviabilize a persecução penal e limite as restrições aos direitos fundamentais dos investigados e acusados aos limites do indispensável, na busca do *justo meio*. No momento em que é colocado em discussão o anteprojeto de alteração da lei da interceptação telefônica, pensamos que cabe ao legislador muita atenção ao que foi construído pela jurisprudência nos últimos tempos, para que não se contribua, uma vez mais, para tornar nosso país uma terra de impunidade, em especial de crimes de poderosos, em nome de uma hipertrofia dos direitos fundamentais que inviabilize as atividades probatórias dos órgãos encarregados da investigação criminal e da aplicação da justiça penal.

Referências

- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sigilo Bancário e Privacidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Interceptação Telefônica. *Revista Jurídica*, [S.l.], n. 232, fev. 1997.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de Dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. [S.l.]: [S.n.], [S.d.].
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica*. Lei 9.296, de 24.07.96. Sigilo das Comunicações. Limites da inviolabilidade. Comunicações telefônicas/telemáticas. São Paulo: RT, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica (Considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação Telefônica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 735, p. 458-473, [S.d.];
- JOBIM, Nelson. Sigilo Bancário e Fiscal no Brasil. In: *Seminário Soluções para a Execução Fiscal no Brasil*. Brasília : AJUFE, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 11, p. 31, jan.-mar. 2001.
- SANGALI, Luiz Carlos. *Interceptação Telefônica e Prova Ilícita*. Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Escola Superior do Ministério Público, 2001. (Estudos MP n. 11).
- SOUZA, José Fernando Vidal de. *Temas Atuais de Processo Penal*. Campinas: Copola Editora, 1994.